

政治与法律 2015 年第 6 期·专论

法益过度精神化的批判与反思

——以安全感法益化为中心

刘 炯

(厦门大学法学院 福建厦门 361005)

摘要 法益精神化是法益理论的一个重要议题,在风险社会的时代助推下又焕发出新的理论生机。其在超越法益物质观的同时也伴有相应的理论隐忧,如以安全感法益化为代表的法益过度精神化。从宏观层面来说,安全感不具有法益应有的机能,不符合刑法明确性要求,更容易导致象征性立法等非理性刑法反应。主观性、模糊性与一般性,是其不能成为法益的关键因素。就中观层面而言,社会恐慌类犯罪中的安全感也并非刑法条文所要保护的法益,社会秩序才是安全感背后真正需要保护的法益。就微观层面而言,恐吓犯罪的个罪法益也应是个人生活之平稳状态而非安全感。现代刑法若想兼顾法益保护与人权保障,就必须警惕法益过度精神化,反对将安全感作为一种法益。

关键词 法益精神化;风险社会;安全;安全感

中图分类号:DF611 文献标识码:A 文章编号:1005-9512(2015)06-0072-13

DOI:10.15984/j.cnki.1005-9512.2015.06.007

一、风险社会下的法益精神化

无论是在何种社会背景之下,刑法的核心使命始终是法益保护。法益保护是刑法运作的目标驱动,也是刑法介入的判断标准。但作为刑法根基的“法益”,其概念本身并不清晰,具有多重含义。关于法益概念的学说也聚讼不止,“利益说”、“价值说”、“状态说”等各自为营,但究其主要分歧,则在于是否承认法益概念精神化的问题。^①正如台湾刑法学者陈朴生指出:“法益概念之内容,从其发展过程而言,始由物质化,进而精神化。”^②德国刑法学者麦兹格甚至认为,精神化是法益概念自身的本质,“如果没有精神化,就不可能利用法益概念”。^③而是否接受法益精神化,则成为区分“法益侵害

作者简介:刘炯,厦门大学法学院助理教授,法学博士。

* 本文为国家社科基金一般项目“科技风险的管理与公共安全的刑法保障研究”(项目编号:11BFX106)及厦门大学哲学社会科学繁荣发展计划课题“我国刑事立法执行现状的实证分析”的阶段性成果。

① 陈家林:《析我国刑法的基本立场》,《现代法学》2008年第3期。

② 舒洪水、张晶:《法益在现代刑法中的困境与发展——以德、日刑法的立法动态为视角》,《政治与法律》2009年第7期。

③ 陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),法律出版社2007年版,第439页。

说”与“规范违反说”的试金石:要么接受法益精神化的概念,要么放弃法益侵害说。^④通过对法益学术史的梳理,“不管是行为无价值论,抑或是结果无价值论,多数学者主张抽象的、精神化的法益概念”。^⑤法益从“具体”到“一般”,从“实物”到“观念”,也成为法益精神化的重要表征,^⑥这一趋势在风险社会中表现得尤为明显。

风险社会下的刑事立法和解释都已经远远突破了法益的物质化限制。尽管面临种种指责与质疑,但仍然无法阻挡法益日益精神化、抽象化的趋势。^⑦“危险社会与刑事立法之间的对应关系,其中最令人瞩目的表现之一,就是法益观念之抽象化问题。”^⑧更有甚者指出,法益精神化摆脱了物质法益观对风险刑法的羁绊,并且开拓性地将“普遍的社会安全价值观”这一精神化的法益作为一个规范评价原理运用到风险刑法之中。^⑨而在具体的刑事立法技术上,有论者主张,风险刑法应当致力于保护更广泛的利益,危险犯的存在范围还应包括精神和社会秩序的损害性。^⑩也有观点主张通过增设社会恐慌类的危险犯的手段来防范风险和保障公共安全,将无形的精神性损害结果也纳入到危险犯中来。^⑪既然风险社会下法益精神化趋势在所难免,问题的关键便在于如何科学认识与正确把握“被精神化后”的法益概念。相对于“身体”、“健康”、“财产”等现实法益的“看得见、摸得着”,“名誉”、“信用”、“秩序”等精神法益的保护界限究竟如何划分则更值得深思。因为,法益过度精神化可能会使法益概念丧失应有机能,可能导致基于政治的、伦理的考虑来界定法益,也可能导致刑法成为国家保护法。^⑫

二、安全感是一种法益吗

人们通常认为,“安全感是公众(包括法人)通过客观行为(包括语言的评价)表现出来的对一定时期和空间下的社会治安破坏力和制控力状况的综合主观心理感受”。^⑬但也有学者认为:“一般的安全感或信赖感是指社会成员感受到应该相互遵守的社会生活上的规范或规则被遵守。”^⑭这实际上是把“事态发展的预测可能性或所依赖之社会系统发挥正当机能以一般的信赖利益之形式进行了法益化”。^⑮与此相似,德国刑法理论中的“印象理论”也认为,如果将法益作精神化的理解,就应当承认国民对于法秩序的安全感也是法益的内容。^⑯社会系统基本规范或规则被遵守,是社会系统内部成员参与社会互动交往的重要前提,也符合社会成员基于法律系统的保障机能而产生的对法秩

④ 王安异:《法益侵害还是规范违反》,载赵秉志主编:《刑法论丛》(第11卷),法律出版社2007年版,第289页。

⑤ 同上注,赵秉志书,第295页。

⑥ 但也有学者对此持怀疑态度,认为这一观点虽然应和了法益理论在德国理论界和实务界的某些遭遇,貌似赋予了法益顺应社会发展的时代精神,实则无视法益的历史发展及其具体内涵。参见杨萌:《德国刑法学中法益概念的内涵及其评价》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第6期。

⑦ 同前注②,舒洪水、张晶文。

⑧ 舒洪水:《危险犯研究》,法律出版社2009年版,第4页。

⑨ 董泽史:《风险刑法理论来源之证实》,《河南司法警官职业学院学报》2012年第3期。

⑩ 薛进展、王思维:《风险社会中危险犯的停止形态研究》,《华东政法大学学报》2009年第5期。

⑪ 华关根、王媛媛、冯云:《论危险犯在我国刑事立法中的适度扩展》,《法学》2009年第5期。

⑫ 参见韩瑞丽:《刑法法益的精神化倾向及其限定原则》,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期。

⑬ 林荫茂:《公众安全感及指标体系的建构》,《社会科学》2007年第7期。

⑭ [日]伊东研祐:《现代社会中危险犯的新类型》,郑军男译,载何鹏、李洁主编:《危险犯与危险概念》,吉林大学出版社2006年版,第190页。

⑮ 同上注,伊东研祐书,第190页。

⑯ 陈家林:《德国的不能犯理论及对我国的启示》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第20卷),法律出版社2007年版,第463页。

序的信赖与期待。这种信赖利益的主观化描述,实则是规范的平稳运行状态在心理层面上的反映。这种期待感也好,信赖感也好,其感受对象是社会规范本身。而这与通常意义上的安全感在感受对象上有显著区别。真正值得刑法关注的安全感,其感受对象应当是可能被犯罪行为所破坏的社会治安情况。类似的说法如日语中的“体感治安”一词。“体感治安的低下”通常意味着“不安感的增大”。如大谷实指出,体感治安乃指国民对于治安所抱持的一种想象或意识,特别是面临大白天也会随时遭到抢劫、电话诈骗随地发生,难免会让人加深犯罪恐惧感。再加上社区邻里犯罪抑制功能的消失,并也反映出国民对于治安的不安。^①同样,其感受对象也是与犯罪现象相关的整体治安情势。此外,更值得注意的是,在西方学术领域中,对“安全感”词义的表达,更多倾向于“犯罪恐惧感”(fear of crime),即在面对犯罪现象时所生之恐惧心理,害怕自己就是下一个受害者。由此可见,安全感的感受对象多指犯罪现象及其背后的社会治安状况,这不仅仅是刑事法学学术研究所采之通行观念,也是公共决策与警务工作中安全感的真正所指。

在当下,法益精神化在顺应日益高涨的安全呼声同时,也埋下了过度精神化的理论隐忧。其典型表现即在于主张将“安全感”纳入到法益保护的范围之内。笔者将其概括为“安全感法益化”。如有学者认为,风险社会下刑法的任务已由保护法益转向保护国民的安全感。^②也有学者以我国刑法相关罪名为例(第 219 条之一),主张在不侵犯个人自由的前提下,也有必要适当设立抽象危险犯以保护国民的安全感、信赖感。^③应当说,上述观点在风险社会中不难觅得供其栖身的理论市场,^④也在一定程度上迎合了保障社会安全的公共政策走向。因为,在风险社会中,不安全已经渗入到了人们生活的结构中,破坏了个人的生活,也破坏了自己价值和自尊,产生了让人无法忍受的恐惧、焦虑、无望和无力(J·维尔语)。^⑤因此,风险感知总是与不安相伴,风险景象亦总是与恐惧相联。于是,“风险意识加剧了公众的焦虑感和危机感,如何为个人的存在提供制度上的安全保障开始支配公共政策的走向,面对周围世界如此多的挑战与不确定性,不仅个人需要不断地进行风险管理,现代国家也必须更多地以管理不安全性为目标”。^⑥刑法当然也深受此目标之影响,但在此更值得追问的是,“安全感”本身是否可以作为一种法益?我们应当对“安全感”抱以何种态度?这也是风险社会下刑法面临的新问题之一,需要学界予以深入研究。

三、对“安全感法益化”观点的整体批判

一项生活利益应否受到刑法保护,能否上升为法益,需要具备一定的条件与标准。法益理论认为,界定法益概念的原则主要有:(1)必须与利益相关联;(2)必须与法相关联;(3)必须与可侵害性相关联;(4)必须与人相关联;(5)必须与宪法相关联。^⑦此外,法益还应具有刑事政策机能、违法性评价机能、解释论机能、分类机能等。^⑧其中,刑事政策机能对于安全感能否成为法益的判断尤其重要。

^① 参见[日]大谷实:《刑事政策讲义》,弘文堂 2009 年版,第 26-28 页。

^② 齐文远:《刑法应对社会风险之有所为与有所不为》,《法商研究》2011 年第 4 期。

^③ 吕英杰:《风险刑法的法益保护》,《吉林大学社会科学学报》2013 年第 4 期。

^④ 据介绍,当今对安全感(Innere Sicherheit)的研究,超越了“安全”本身,成为一个热点话题。Vgl. Valentin Golbert, Innere Sicherheit in unterschiedlichen gesellschaftlichen Kontexten, LIT Verlag, 2003. 转引自陈金林:《积极一般预防理论研究》,武汉大学出版社 2013 年版,第 6 页。

^⑤ 王俊秀:《面对风险:公众安全感研究》,《社会》2008 年第 4 期。

^⑥ [英]安东尼·吉登斯:《社会学》,赵旭东等译,北京大学出版社 2003 年版,第 21 页。

^⑦ 参见张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 162-167 页。

^⑧ 同上注,张明楷书,第 196-203 页。

根据法益理论的基本原理,笔者认为,“安全感”不宜作为法益予以保护,安全感法益化的观点并不可取,具体理由如下。

(一)不具有法益应有的机能

尽管利益有物质利益与精神利益之分,但这并不意味着所有物质利益与精神利益都可能成为法益,尤其是精神利益。“法益概念进行抽象化、精神化理解,那么即使不存在现实、客观的法益侵害或威胁,也可以动用刑罚。这意味着法益概念已淡化了其限制刑罚、保护自由的机能,而且所谓侵害‘法和平’、‘法观念’等只能是司法者的主观理由而已”。^{②⑤}类似观点也指出:“法益概念过度抽象化,甚至精神化、观念化,虽然能够增强法益概念的解释力和涵盖度,却导致其丧失了理论批判机能。”^{②⑥}换言之,法益精神化使得其构成界限机能降低,这一点对于安全感来说更是如此。

1.安全感的主观性削弱了其作为法益的定型性

如前所述,安全感是一种集体情绪状态,是风险社会集体心理特质的主观表征。常表现为无形的恐惧感(formless fear)等个人情感。但“法益是一种客观存在,是生活利益,而不是价值观或其他纯观念现象或纯思维现象,所以法益是否受到侵害与威胁,可以根据客观因果法则进行认定”。^{②⑦}

某一生活利益要想上升成为一种法益,必须具有相当的客观性与显著的定型性,并能够藉由因果法则的逻辑推论判定其是否受到损害。正如 Michael Marx 所言,法益必须具有客体性,必须是实在存有的要素,法益存在于外界的实际之中,而绝对不是主观之中。^{②⑧}但对于安全感而言,必须坦承的是,无论何种理论说辞,都无法否认其浓厚的主观性。

2.安全感的模糊性冲击了其作为法益的界限性

得益于清晰的内涵与外延,法益才具有明确刑法处罚界限的机能。但安全感却并不具有如此清晰的内涵与外延,且其极易受到其他外界因素的干扰与影响。在“风险的社会”放大效应下,大众媒体的渲染与社会舆论的传播都可能导致安全感的信号输出失真,各种形式的遮蔽与夸大,都很难让风险规制主体能够依据安全感的真实情况,作出最有效率的风险决策。

在此情况下,倘若认定安全感为法益并据此划定刑法处罚界限,势必突破刑事归责中因果关系的科学限定与责任原则的合理范围,行为主体完全可能脱离行为本身而为他人的不安与恐惧“买单”。即“无法精确辨别由行为人的行为所引起的具体损害,与经由其他社会事实因素或存于潜在被害人自身的主观情状所引起的损害,导致行为人可能对非自己行为所引起的部分不安情绪负责”。^{②⑨}如此一来,“在普遍的社会恐惧之下,各级政府机关能否保持克制而严格依法办事、司法机关能否严格控制刑事打击范围,就会成为令人忧虑的问题”。^{③①}还有学者直陈,当社会陷入集体的不安情绪时,以保护公众安宁秩序或安全感为中心的恐吓类犯罪,就会出现成罪门槛过低,而有过度扩张处罚的问题。^{③②}

可见,肯定与支持安全感法益化无疑是在诱发法益的膨胀化与扩张化,而这一趋势将不自觉地扩大刑罚处罚范围,导致法益限制刑罚发动的功能日渐萎缩并沦为刑事政策的工具。^{③③}对此,日本刑法理论中“危惧感说”的“昙花一现”可谓是前车之鉴。此说一出现就“受到了学界的强烈批判,被认为轻视法益侵害,淡化责任要件。即使在支持行为无价值论的学者之中这一观点也未能被广泛接

^{②⑤} 同前注④,王安异文,第298页。

^{②⑥} 刘军:《为什么是法益侵害说一元论?——以法益的生成与理论机能为视角》,《甘肃政法学院学报》2011年第10期。

^{②⑦} 同前注②③,张明楷书,第203页。

^{②⑧} 陈志龙:《刑法的法益概念(上)》,《台大法学论丛》1986年第1期。

^{②⑨} 周濂沂:《论“煽惑他人犯罪或违背法令”之处罚理由》,《台大法学论丛》2008年第4期。

^{③①} 曲新久:《“非典”时期的“典型”反应——评“两高”的一个刑事司法解释》,《政法论坛》2003年第7期。

^{③②} 参见谢煜伟:《群众恐慌下的恐吓公众危害罪——北捷随机杀人案后续事件解析》,《月旦法学教室》2014年第9期。

^{③③} 同前注②,舒洪水、张晶文。

受”。^{③③}除少数学者(藤木英雄、植松正、石堂功正)固守该理论外,其他大多数学者均持批判态度。此外,该说不单在学界应者寥寥,在日本的判例中也常受排斥。“如在白石中央医院火灾事件中,上诉审判决就否定了第一审所采取的以危惧感说为基础而论处医院院长责任的判决,而改采具体的预见可能说将第一审判决撤销。又如川崎崩塌实验事故确定决中明白指称,危惧感说使业务上过失责任的成立范围不当扩大,并失去明确的确定基准,故不足采。”^{③④}

究其根源,危惧感与安全感一样,作为一种主观感受,其过度观念化的内涵与纯粹精神化的性质导致在实践中难以进行准确判断与实际操作。“如何判断行为人应否产生不安感,是否产生了不安感,是极其困难的。”^{③⑤}进而难以有效限定刑法处罚的合理界限,难以获取持续而长久的实践生命力。对此,日本刑法学者大谷实批评道:“以一般人具有危惧感、不安感为前提予以处罚,则是过度行使刑罚权的表现。”^{③⑥}我国也有学者指出:“将极为抽象的‘危惧感’作为刑事责任的依据,必将会使得刑事责任变得不可捉摸。一旦‘危惧感’成为一种责任标准,国家权力的适用无异于如虎添翼。”^{③⑦}

一个以模糊多变的主观概念为建构基础的刑事归责理论,在责任主义原则与人权保障理念的双重拷问下,势必难以获取其正当性。正如有学者评述一般:“危惧感说过度扩大过失责任的范围,几与英美法中的严格责任或绝对责任无异,违反刑法基本原则‘责任主义’,而且不安感、危惧感本身很难用科学法则、经验法则加以确定,是极为暧昧的概念,其以未知的危险作为承认责任的论据,由企业监督者负担个人的责任,超越罪刑法定主义及个人责任原理,不免有侵害人权之虞。因此在日本除了森永奶粉事件,刑法学界的反应是极为冷淡的,其不足采取是不言而喻的。”^{③⑧}

3. 安全感的一般性泛化了其作为法益的特定性

刑法所保护的利益应该具有某种意义上的具体性,太过抽象的保护对象不是法益。如德国刑法学者罗克辛就认为,“抽象的保护对象不能是法益(如公共安宁等)”。^{③⑨}比较而言,心理安全感是安全感(情感),是一种特质,而社会安全感是安全感(情绪),是一种状态。^{④①}安全感法益化更多是在后一意义上使用安全感一词(如国民的安全感)。也就是说,安全感的面向需要从社会层面加以把握,它是具有一般性的集体心理感受范畴,是所有犯罪行为都可能对社会平和氛围所造成的无形损害。

现代刑法并不反对法益从“具体”到“一般”的转向,正如其已经逐渐接受了集体法益的概念。但“公共安全”这一集体法益的证成,并不代表“公共安全感”必然亦可化身为法益成为保护对象,更不是所有的公共安全感损害(社会恐慌)与威胁(人心惶惶)都必须藉由刑法手段给予高强度保护的。这是因为,所有犯罪行为都可能对社会治安情况造成负面影响,而公共安全感的感受对象正是整体的社会治安情况。打击犯罪行为,维护社会治安,提升安全感,三者之间是正相关的逻辑关系,三者均有机统一于刑法的保护机能之中。具体而言,打击犯罪行为是刑法的主要功能,维护社会治安与提升安全感是刑法打击犯罪行为的实际后果。“消除一般国民主观上的不安,这是客观抑制犯罪所产生的事实上的归结(效果),不应将其本身视为直接的刑罚目的。”^{④②}

③③ [日]山口厚:《日本刑法学中的行为无价值论与结果无价值论》,金光旭译,《中外法学》2008年第4期。

③④ 黄丁全:《过失犯理论的现代课题》,载陈兴良主编:《刑事法评论》(第7卷),法律出版社2000年版,第479-481页。

③⑤ 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社1999年版,第197页。

③⑥ 舒洪水:《危险犯中危险状态的判断》,《法律科学》2012年第5期。

③⑦ 孙万怀:《风险刑法的现实风险与控制》,《法律科学》2013年第6期。

③⑧ 同前注③④,黄丁全文,第480-481页。

③⑨ 苏青:《法益理论的发展源流及其启示》,《法律科学》2011年第3期。

④① 姚本先、汪海彬:《整合视角下安全感概念的探究》,《江淮论坛》2011年第5期。

④② [日]松原芳博:《日本刑法总论研究(三)》,王昭武译,载周永坤等主编:《东吴法学》(总第25卷),中国法制出版社2013年版,第179页。

既然如此,就不能将某一特定行为的犯罪化依据归咎于与所有犯罪行为相伴相生的公共安全感,更不能将安全感视为将某一生活利益提升为法益的主要理由。某一行为是否构成犯罪,需要重点考察的是该行为是否致使某一相对具体与独立的法益遭受严重损害或威胁。举例来说,某地杀人案件频发,社会治安情况恶化,一时间全城内外人心惶惶。相信不会有人反对,在此需要刑法评价与保护的法益绝不是因此而减损的社会安全感(泛化的利益),而是杀人行为可能侵害的生命法益(特定的利益)。同样,在扒窃犯罪所侵法益是否包括安全感的问题上,^{④②}上述判断规则的正确运用有助于我们得出较为科学的结论。正如有学者所言:“面对已经或可能发生的犯罪而自危,这是任何一种违法犯罪行为都会给社会公众带来的感觉,不是盗窃罪所独有的,更不是扒窃的特征。一个能够在所有的盗窃案乃至所有的犯罪行为中都会出现的‘不安感’或‘自危感’显然无法支撑公共场所成为扒窃概念的本质特征的观念,更不能提供有别于其他盗窃行为的区别尺度。”^{④③}因此,需从社会面向予以整体把握的安全感,不能成为某一行为犯罪化的实质依据,更不能被当作某一行为中受损利益不法内涵提升的立法产物(法益)加以保护。

(二)不符合刑法明确性要求

法益的精神化必然伴随着法益的模糊化,这无疑将降低法益的界限机能。“安全研究在面上伸展到包括每一种可以想象得到的威胁,则有可能使‘安全’概念失去作为分析工具的效用和价值,使其日益泛化和空洞化。”^{④④}而安全概念自身的泛化与空洞更是加剧了安全感的模糊与易变,风险不论是具体或抽象描述的事实状态,或者只是纯粹心理的恐惧感受等,皆不断被转译成简化的安全概念。^{④⑤}众所周知,刑法意义下的法益概念必须具体、明确。安全感要想通过刑法明确性要求的考验几无可能,也更难以发挥规范引导机能为一般民众所事先预见。

作为心理状态的“安全感”,虽说可以借助社会心理学的认知框架与评估工具进行观测与量化,但这种评估的困难之大以至于立法者在立法时也将之视为一个“不可能完成的任务”。即立法者根本不可能、事实上也没有开展这项工作。因此,在某种意义上来说,“安全感”是一个“有待明确但又无法明确”的概念,而这与刑法明确性要求相去甚远。更何况,“公众的主观感受具有相当程度的敏感性,很容易受到周边环境以及集体相互渲染的影响,同一事实因素,在不同社会环境条件之下未必会引起相同程度的感受。亦即,这种套上‘公共和平’法益的理性外衣,而实际上以不安全感为内涵的负面情绪是一种非理性的群体情绪反应,其发生与否、强度以及在群体中扩散的范围在经验上都不能确定,也无法事先预见”。^{④⑥}由此导致的负面结果便是,以牺牲法治国的原则为代价来换取大众的安全感。“放弃行为客观影响的可检验性,搭配刑度范围扩张,让法官的裁量空间大增,但又没有损害结果可审查比例性。明确性也在此被放弃,因为构成要件被订得弹性又全面,才能实时应付各种变化。”^{④⑦}

(三)易导致非理性刑事反应

^{④②} 如有论者指出:“扒窃行为单独列出并予以严惩的原因是其发生在公共场所,除了侵害公民的财产权之外,更使得民众人人自危,从而降低社会安全感,因此产生较严重的社会危害性。只有发生在公共场所,才能使不特定民众看到并感知,从而转化为对己财产安全的担忧,进而转变为整体社会安全感的降低。换言之,这种较一般盗窃更严重程度的危害性,只有发生在公共场所方能得以彰显。脱离了公共场所这样特定的条件,盗窃行为尚不足以造成上述危害。”吴加明:《刑法修正案(八)中“扒窃”的司法实践认定》,《中国检察官》2011年第7期。

^{④③} 车浩:《‘扒窃’入刑:贴身禁忌与行为人刑法》,《中国法学》2013年第1期。

^{④④} 任晓:《安全——一项概念史的研究》,《外交评论》2006年第5期。

^{④⑤} 古承宗:《风险社会与现代刑法的象征性》,《科技法学评论》第10卷第1期。

^{④⑥} 同前注^{④②},周漾沂文。

^{④⑦} 钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,台湾政治大学法律学研究所2009年硕士学位论文,第35页。

安全感的难以把握,也注定了以安全感为指向的刑法立法追求将会坠落于虚空之中。如此一来,依据面目模糊的安全感而为之的刑法举措往往是非理性的,象征性立法与应急性立法便是适例。正如有学者所言:“通常一个象征立法背后所代表的,有可能只是立法者基于特定政治目的,所形成的价值偏好,或者只是单纯反应出某个时空背景点下社会的集体心理情绪。”^{④⑧}前者把“通过刑法进行的犯罪控制作为纯粹的安慰剂”^{④⑨}来使用,意在“制造问题已被认真对待且已适当处理的印象”。^{④⑩}而后者目的“通常只在于舒缓公众怒气、安抚公众和恢复刑事司法体系的可信度,与所要解决的问题无关”。^{④⑪}即立法者在明知制定特定规范于事无补或收效甚微的情况下,仍乐意像救火队员一般通过定罪处刑的方式宣泄社会公众对于犯罪行为的愤怒情绪,在最短时间内最大限度地迎合公众的期待。

具体至安全感方面,“维护公共安全不等于维护公共安全感,刑法的任务是让生活成为可能,而不是让社会大众感到心情愉快。单纯的以稳定群众的集体意识状态作为刑法的目的任务,将会使犯罪行为对于公民共同生活的侵害意义从社会性层面遁入心理学的层面,而错失了法的原初意涵”。^{④⑫}如果任由“安全感”代替“安全”作为法益,那么显然很难说刑事立法已经准确领悟和把握了法治的实质精神与理性内涵。

“当今社会,大众情感极大地左右着刑事政策。刑事政策的焦点从犯罪人(即犯罪原因)转移到被害人(即犯罪结果)和潜在的被害恐惧感,并以刚刚发生的事件为基础。‘后现代社会的刑事政策由政治体制所支配,目标在于始终代表大众情感,随时为每一个人提供充足的保护和安全感(即自由)。’每当恶性案件发生后的应急立法、报复性立法就是这种原因的结果。”^{④⑬}也有学者对此表示担忧,“为了因应民众的犯罪恐惧感及重视被害者与社会情感,刑罚的民粹主义成为不可避免的现象,导致现行刑事政策有朝向管理、监控、隔离的趋势而行”。^{④⑭}立法者与政治人物所采取的“民粹式的严罚”政策便是透过公共舆论,如传播媒体与各式组织来达成,透过霸权式的共识模式说服一般民众,乱世用重典才是解决治安的根本问题。^{④⑮}

“以预防为借口,肆意扩展国家刑罚权,使得侵害刑法沦落为危险刑法、并最终沦落为意思刑法的场面,这种立法现象在现代社会,并不鲜见,对此,我们不能掉以轻心。”^{④⑯}可以说,以安全感为驱动的刑事政策模式给我们提供了历史的经验与教训,1983年严打刑事政策的出台便是一个明证。据时任公安部部长刘复之回忆,中央做出严打决定的一个重要社会背景是,“当年不少地方发生流氓团伙在大白天劫持强奸女青年,公开侮辱妇女,拦路抢劫和结伙打砸抢等恶性案件。许多地方公共场所秩序混乱,妇女不敢在夜晚上班,父母牵挂儿女,群众失去安全感,党内党外反映强烈”。^{④⑰}固然安全感既是社会治安晴雨表,又是立法、决策参考表,严打刑事政策在特定历史时期也发挥了相应的

④⑧ 同前注④⑤,古承宗文。

④⑨ [德]哈塞默尔:《面对各种新型犯罪的刑法》,冯军译,载中国人民大学刑事法律科学研究中心组织编写:《刑事法学的当代展开》(上),中国检察出版社2008年版,第67页。

④⑩ 齐文远:《应对中国社会风险的刑事政策选择——走出刑法应对风险的误区》,《法学论坛》2011年第4期。

④⑪ 劳东燕:《公共政策与风险社会的刑法》,《中国社会科学》2007年第3期。

④⑫ 同前注④⑨,周漾沂文。

④⑬ 同前注④⑩,齐文远文。

④⑭ 许福生:《风险社会与犯罪治理》,台北元照出版公司2010年版,第12页。

④⑮ 参见 Bottoms, A.E. The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. In Christ Clarkson and Rod Morgan (eds.) The Politics of Sentencing Reform. Oxford: Oxford University Press. 1995, 转引自许华孚:《监狱与社会排斥:一个批判性的分析》,《犯罪与刑事司法研究》2005年第9期。

④⑯ 黎宏:《法益论的研究现状和展望》,《人民检察》2013年第7期。

④⑰ 刘复之:“严打”就是专政——记小平同志对“严打”的战略决策,《中国检察报》1992年1月13日,第1版。

作用,但总体来说,基于安全感而发动的严打刑事政策并非犯罪治理的最佳政策模式,因此也逐渐为宽严相济的基本刑事政策所替代与补足。

不单如此,其他国家或地区的刑法立法动态中也存在此种非理性现象,^⑤但也纷纷受到了学界的质疑与批评。如日本刑法学者大谷实指出,近年来日本对于治安的强化作为,与其说是根据犯罪的实际情况,倒不如说是根据“体感治安”而来。^⑥再如日本刑法学者松原芳博也指出,以“国民生活的平稳”为立法理由的《有组织犯罪处罚法》等法律试图保护国民的“安心感”,但实际上却并未保护“国民的实际的具体的利益”,其作为象征立法的色彩要更浓一些。^⑦再如,台湾刑法学者黄荣坚就结合台湾地区刑法修正动向痛斥了为迎合安全感等情绪反应所为的非理性立法:“从立法者对于不能安全驾驶罪之加重结果犯规定及法定刑的一再提高,似乎可以见到立法者响应社会人民对于维护生命安全的要求,问题是,对于生命安全之要求的响应应该是出于具有客观性与体系性的理论系统,而不应该仅仅是一个局部性的情绪反应。”^⑧

四、社会恐慌:作为法益的“公众安全感”

尽管笔者主张从理论层面视之,安全感并不能成为刑法所保护的法益,但安全感在刑法条文中的身影却不难寻觅,也有不少涉及安全感的犯罪类型(多为社会恐慌类犯罪),主要包括恐怖活动类犯罪与有害信息类犯罪。那么,就不再局限于与犯罪整体现象相对应的安全感而言,在上述具体犯罪类型中,公众安全感的地位和作用究竟如何?社会恐慌又能否成为一种具体的法益?这都值得进一步研究。

(一)恐怖活动犯罪的法益解读

对于恐怖活动犯罪,涉及的主要罪名有:组织、领导、参加恐怖组织罪(第120条)、投放虚假危险物质罪(第291条之一)。根据相关规定,恐怖活动是指以制造社会恐慌、危害公共安全或者胁迫国家机关、国际组织为目的,采取暴力、破坏、恐吓等手段,造成或者意图造成人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱等严重社会危害的行为,以及煽动、资助或者以其他方式协助实施上述活动的行为。而近期中国爆发的暴恐事件无一例外地表明,暴恐分子的疯狂举动旨在最大程度地制造社会恐慌,实现他们所谓的影响力。暴恐事件中这种反人类、反社会的“无差别杀戮”,势必会在社会上制造出直接、强烈、持续的恐惧感。可见,制造社会恐慌是恐怖活动的主要目的之一,也是恐怖活动犯罪案件犯罪主观方面(目的恐怖性)的外化体现。“这里所谓的‘社会恐怖’,是指由恐怖活动犯罪所造成的,在犯罪行为直接受害人以外的一般社会公众中普遍存在的,以严重担心、害怕类似的犯罪会继续发生为主要内容的恐怖心理。”^⑨照此理解,恐怖活动犯罪企图制造的“社会恐慌”从本质意义上来讲就是因恐怖活动犯罪而产生的“犯罪恐惧感”。而如前所述,此种单纯的“社会恐慌”(犯罪恐惧感)并不足以成为一种法益由刑法予以保护。

尽管有观点指出,恐怖主义犯罪在摧毁物质性犯罪客体的同时也摧毁非物质性犯罪客体——民众的安全心理,此种无形损害具有明显的变异性、社会性、冲击性与沉积性,这种损害具有“联想空间”,其造成的社会恐慌,远大于对物质性犯罪客体的打击和损害。^⑩但笔者认为,其所谓的“联想

^⑤ 同前注①⑦,大谷实书,第26-28页。

^⑥ [日]松原芳博:《刑法总论专题研究(一)》,王昭武译,《河南省政法管理干部学院学报》2010年第3期。

^⑦ 黄荣坚:《2011年刑事法发展回顾:法律说词与说词之外》,《台大法学论丛》(第41卷特刊),第1554页。

^⑧ 陈忠林:《我国刑法中‘恐怖活动犯罪’的认定》,《现代法学》2002年第5期。

^⑨ 叶海辉:《对恐怖主义犯罪客体的研究》,《法学杂志》2003年第11期。

空间”无外乎是“由此及彼”的犯罪恐惧感,即“联想”到自己可能成为下一个犯罪被害者。同样,其也难以成为法益。此外,类似观点认为:“判定是否构成恐怖主义行为罪的标准应是行为人的危害行为本身是否会直接引起大范围的社会恐慌。”^{⑥4}但必须强调的是,“社会恐慌”这一群体心理现象的事实确认与程度认定仍需借助“人员伤亡、重大财产损失、公共设施损坏、社会秩序混乱”等现实法益的具体受损情况予以判定。

同样,投放虚假危险物质行为虽非真正的恐怖主义行为,但由于其足以在群众中制造恐怖气氛,扰乱社会秩序,故刑法将达到“严重扰乱社会秩序”程度的该类行为予以犯罪化。司法实践中也有将公共场所针刺犯罪等案件以本罪定罪处罚的做法。应当说,本罪中的社会恐慌不应该被理解为对“公共安全”的侵害,而是对“公共秩序”的侵害。但却有观点进一步指出,本罪的犯罪客体是一定的社会心理秩序。^{⑥5}对此,笔者不能赞同,理由是,“公共秩序与社会秩序是十分抽象的概念,保护法益的抽象化必然导致对构成要件的解释缺乏实质的限制,从而使构成要件丧失应有机能”,^{⑥6}若将此处的社会秩序仅仅理解为“心理秩序”,视为一种单纯的犯罪恐惧感,过于强调其无形的一面,则更是降低了其构成要件之机能。完全脱离社会有形秩序的心理秩序,说到底是一种几乎无法准确描述与客观测量的观念产物,因而也不能成为刑法所保护的法益对象。

(二)有害信息犯罪的法益解读

对于有害信息犯罪,涉及的主要罪名有:编造并传播证券、期货交易虚假信息罪(第181条第1款)、编造、传播虚假恐怖信息罪(第291条之一)、诽谤罪(第246条)。其中,以编造、传播虚假恐怖信息罪最为典型。“虚假恐怖信息”,是指以发生爆炸威胁、生化威胁、放射威胁、劫持航空器威胁、重大灾情、重大疫情等严重威胁公共安全的事件为内容,可能引起社会恐慌或者公共安全危机的不真实信息。自《刑法修正案(三)》(2001年)增设该罪以来,其一直较为引人关注。

一般认为,该罪系结果犯。其主要社会危害体现在制造恐怖气氛,引起社会恐慌,扰乱社会秩序,通常情况下造成人们一场虚惊。为防止不当扩大打击面,刑法规定本罪必须造成严重扰乱社会秩序的后果,才能构成犯罪。^{⑥7}需要探讨的是:该罪中“社会恐慌”与“社会秩序”均为本罪所保护之法益?还是仅有“社会秩序”堪称本罪法益?

对此问题的回答,尚需回归该罪条文的立法旨意。来自立法部门的专家指出,该罪的主要目的旨在打击编造、传播虚假恐怖信息行为,即避免行为人借助此种手段在社会上制造恐怖气氛,引起社会秩序的混乱。因此,“严重扰乱社会秩序”是区分罪与非罪的重要界限,而所谓“严重扰乱社会秩序”,主要是指引起社会恐慌,致使工作、生产、营业和教学、科研活动无法正常进行。^{⑥8}上述司法解释的制定说明中也指出:“在公共场所人员密集地区编造、故意传播虚假恐怖信息,极易引发恐慌情绪,造成踩踏事故等严重后果。”^{⑥9}可见,社会恐慌仅是危害行为的表层结果,常与公众的生命、健康密切相连,是该类犯罪客观产生的群体心理情绪(或社会氛围),也是导致社会秩序陷入混乱的直接原因。正如有学者指出,公共秩序混乱就是指破坏了平稳与安宁的状态,其表现之一就是行为人的

^{⑥4} 莫洪宪:《略论我国的金融反恐》,《法学评论》2005年第5期。

^{⑥5} 张波:《论投放虚假危险物质罪——以案例分析为视角》,《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2005年第1期。

^{⑥6} 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第935页。

^{⑥7} 吕广伦、王尚明、陈攀:《〈关于审理编造、故意传播虚假恐怖信息刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,《人民司法(应用)》2014年第1期。

^{⑥8} 黄太云:《〈中华人民共和国刑法修正案(三)〉的理解与适用》,载最高人民法院法律政策研究室编:《法律应用研究》(第1辑),中国法制出版社2002年版,第116-117页。

^{⑥9} 同前注^{⑥7},吕广伦、王尚明、陈攀文。

行为导致公众基于恐惧或其他心理而不能再进行正常的生活劳动。^{⑦⑧}

一般认为,公共秩序是指社会公共生活依据共同生活规则而有条不紊进行的状态,既包括公共场所的秩序,也包括非公共场所人们遵守公共生活规则所形成的秩序。^{⑦⑧}而“秩序使人们具有预测可能性,给人们带来了安全感。在此意义上说,秩序也是一种生活利益”。^{⑦⑨}由此可见,秩序这种生活利益也可能基于特定的原因被提升为某类法益。因为,社会秩序的平稳运作与平和状态,有助于公众保持对社会秩序的一贯信赖,不必因社会秩序的紊乱与脱轨而心生恐惧,进而失去社会安全感。一旦社会秩序的安宁状态被犯罪所破坏,则将直接影响到公众对于社会秩序的稳定印象。故在本罪中,社会秩序才是社会恐慌背后的深层结果,也才是本罪名副其实的法益保护对象,即通过刑法干预的手段减少社会恐慌,避免出现由上述情绪氛围所导致的“社会失序”现象(如突发事件、经济损失等)。对此,除了可从司法解释关于本罪认定的相关规定得到印证,也可以本罪的章节归属情况(隶属于妨害社会管理秩序罪)辅以说明。

当然,除了上述两类犯罪之外,还有一些犯罪也涉及社会恐慌。如危害食品与药品安全的犯罪也易诱发社会恐慌,但这些犯罪并非典型的社会恐慌类犯罪,其法益保护对象都非常明确清晰,少有人会将其与社会恐慌相混淆,故不再对其做专门解读。

综上,“社会恐慌涉及对犯罪的主观而可能的反应(subjective and contingent reaction),而不是犯罪的客观严重性(objective gravity),这一概念似乎如此模糊与主观,以致不可能一致地或公认地适用它”。^{⑦⑩}可见,社会恐慌只是犯罪行为的反射效果,是生活秩序遭受动摇的社会感知,是对规范保持平稳的信赖落空,其主观模糊注定其无法代替社会秩序成为该类犯罪的法益,公众安全感也并非上述法条法益保护的真正目标所在。

五、恐吓犯罪:作为法益的“个体安全感”

如果说与“社会恐慌”直接对应的“公众安全感”无法成为法益,那么,对于“个体安全感”来说,其在恐吓犯罪中又能否成为刑法法益?这一问题值得进一步探讨。通过对域外恐吓犯罪的刑事立法考察可知,有不少国家或地区在刑法中针对恐吓行为做出了专门的规定。上述恐吓犯罪的法益究竟为何?以恐吓危害安全罪的法益为例,有论者在总结诸多争论后指出,个人因受法律秩序之保障而发生安全感,无虑暴力威胁或其他不法干扰,实为重要利益所在。本罪的设立旨在处罚行为人对个人日常生活之安全平稳之妨害。故本罪的保护法益应系指个人日常生活之安全平稳之状态。^{⑦⑪}但该观点又几乎将其与“个人生活上之安全感”(个人生活状态的平稳感)相等同,并指出本罪所危害之安全,无论是学界通说,还是实务见解,皆认为其系指“个人心理上的安全感”,亦即其在社会生活之安全感、稳定感。^{⑦⑫}

笔者认为,上述观点有混淆“状态”与“感受”之虞。作为法益的“状态”,是客观的现实存在,可被具体感知并能在因果关系中被侵害,这样一来,状态才能实现法益的界限机能。故在此意义上,德国刑法学者曾将法益定义为“能够被损害并受到保护的状态(Zustand)”,是“受法律保护的社会秩序中

^{⑦⑩} 孙万怀、卢恒飞:《刑法应当理性应对网络谣言——对网络造谣司法解释的实证评估》,《法学》2013年第11期。

^{⑦⑪} 高铭喧主编:《新编中国刑法学》(下册),中国人民大学出版社1998年版,第808页。

^{⑦⑫} 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第172页。

^{⑦⑬} 马伟阳:《国际刑事法院受理制度研究》,中国政法大学出版社2012年版,第231页。

^{⑦⑭} 王舒俞:《刑法第305条之理论与实务》,高雄大学2011年硕士学位论文,第20页。

^{⑦⑮} 同上注,王舒俞文,第71页。

的抽象价值”。^⑦可见,状态作为一种法益不足为奇。如日本刑法学者関哲夫就主张将“各个职员基于该建筑物的利用目的而平稳而且顺利地实现业务的、事实上的平稳状态”视为“住居侵入罪”(日本刑法第 130 条)的保护法益。^⑧但“感受”则不然。对个人生活状态所生之平稳感,归根结底还是一种主观层面的模糊感受,且其内容常因人而异,因此也丧失了法益的界限机能。较之于公众安全感,个体安全感虽能指向单独的社会个体,可能具有成为某一犯罪法益的特定性,但其仍摆脱不了安全感的主观性与模糊性,故仍难成为一种法益。犯罪的实质危害在于侵犯法益,刑法的核心目的在于保护法益。将心理感受作为刑法的保护对象,明显有悖于刑法目的,且易遭致主观归罪之批评。故刑法保护的并非是一般人的安全感自身,而是法益。“对于连这种完全不伴有客观危险性的不安感都要作为处罚的对象是不必要的”。^⑨由此可见,在恐吓危害安全罪的法益问题上,其法益也应是“个人生活之平稳状态”,^⑩而不能将其任意等同与随意类推为“个人对该状态所产生的平稳感受”。

相比而言,我国虽并无以“恐吓罪”直接命名的刑法条文,但是以“恐吓”为犯罪手段的罪名不在少数(如抢劫罪、敲诈勒索罪、绑架罪等)。尽管上述犯罪之被害人会因恐吓手段而陷入恐惧与不安,但上述犯罪之法益保护对象可谓相当明显,基本不会据此主张其个体安全感为上述犯罪的具体法益,也无须对恐吓行为另作单独的刑法评价。唯有疑问的是:在单纯恐吓(以使他人陷入恐慌为目的的恐吓)即构成犯罪的情况下,个体安全感又能否被视为刑法保护之法益?

通观我国刑法,仅有寻衅滋事罪(第 293 条)在条文中明确了“恐吓”。该罪系 1979 年刑法“流氓罪”之分解产物,原条文中也仅限于“追逐、拦截、辱骂”等行为,迟至《刑法修正案(八)》(2011)才在此基础上增设“恐吓”。随着信息网络时代的来临,网络空间中的恐吓行为不断出现,为了有效应对此类情况,新出台的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》(2013)中还规定,利用信息网络辱骂、恐吓他人,情节恶劣,破坏社会秩序的行为,亦构成寻衅滋事罪。基于此,职业修评师等恐吓行为有望得到刑法规制。

一般认为,本罪的保护法益是公共秩序或社会秩序,具体来说是社会一般交往中的或与社会公共秩序相关联的人身安全、行动与意思自由、名誉,以及与财产有关的社会生活的安宁或平稳。^⑪但也有学者认为,恐吓行为的侵犯法益是双重法益,既有个人的精神安宁,又有社会管理秩序。其中,恐吓行为侵犯的法益首先是被害人的精神安宁。^⑫早年也有学者指出,对公民的精神权利(意思自由)的侵害是单纯恐吓行为应当构成犯罪的理由。^⑬

那么,将公民个体的“精神安宁(权利)”视为本罪法益又是否妥当?笔者认为,刑法法益的内容范围当然可以涵盖思想或精神上的对象(如名誉)、也有相关罪名对此予以专门保护(如侮辱罪)。但在本罪的法益问题分析上,尚需结合刑法如何保护心理感受利益予以综合判断。有学者指出,只有能被固化的心理不良感受,才能成为一种权利,方有可能获得刑法的保护。^⑭如果说恐吓他人侵犯到了他人“免于恐惧”的精神权利,那么,按照 Joel Feinberg 的说法,此种精神权利貌似亦可成为刑法应

⑦ 同前注⑥,杨萌文,第 66 页。

⑧ [日]関哲夫:《法益概念与多元的保护法益论》,王充译,《吉林大学社会科学学报》2006 年第 3 期。

⑨ [日]前田雅英:《刑法总论讲义》,东京大学出版社 2006 年版,第 152 页。

⑩ 当然,也有观点认为,本罪的法益是“个人内在意思形成与意思活动的自由”,经由意思形成与意思活动的保护宣示,外显为个人社会生活之精神上安心领域的存在。参见李圣杰:《呛声——恶害通知的思考》,《月旦法学教室》(别册·刑事法律篇),2011 年,第 87 页。尽管该观点与本文观点不尽相同,但都不同意将个人精神安宁这一外化感受视为本罪法益。

⑪ 同前注⑥,张明楷书,第 935 页。

⑫ 陈庆安:《恐吓类寻衅滋事罪的客观要件研究》,《政治与法律》2013 年第 7 期。

⑬ 刘白驹:《关于处理恐吓行为的立法建议》,《法律学习与研究》1989 年第 4 期。

⑭ 杨春然:《冒犯型犯罪的根据:伤害原则对法益保护原则的一次超越——兼论犯罪的本质》,《中国刑法杂志》2010 年第 2 期。

当保护的安宁利益。^⑧但是并非所有安宁利益都可以成为法益,只有维持人类生存最低水平的安宁利益,才能进化成权利,获得法律的保护,甚至是刑法的保护。^⑨例如,非法侵入住宅罪的法益保护对象(住宅安宁权)就是此种值得刑法予以保护的安宁利益。这是因为,法益应当以“特别重要及特别有价值”为限。基于刑法的最后性与刑罚的经济性,唯有刑罚制裁的必要性被肯定时,才容许刑法予以适度干预。而个人单纯的惊恐与不安,尽管也会破坏生活之平稳状态,但能否一概视为威胁人类最低生存水平的安宁利益被作为法益予以保护则存有疑问。

况且,在我国刑法既定性又定量的犯罪构成模式下,单纯的恐吓行为(定性)尚不足以成为犯罪,构成本罪还要求具备“情节恶劣”(定量)。在相关司法解释中,“情节恶劣”又多体现在对“社会秩序”的破坏,如“造成恶劣社会影响的”、再如“严重影响他人的工作、生活、生产、经营的”。不难发现,主张本罪法益应为公共秩序的观点仍占据上风。此外,值得特别强调的是,此处“公共秩序”指的是“物理秩序”而非“心理秩序”,即“混乱单纯造成人们心理恐慌、忧虑,或者单纯导致人们心理失衡、心理秩序混乱的,不可能属于造成公共场所秩序混乱”。^⑩

因此,对于损害个人“精神安宁”的恐吓行为,只要未对社会秩序造成严重破坏,并未导致社会物理秩序严重混乱,只需依照《治安管理处罚法》或其他法律手段进行制裁即可。未必非得在此情况下就匆匆祭出刑法这一终极武器,将所有对损害个人精神安宁的恐吓行为犯罪化,因为刑法手段显然并非解决此类问题的最佳方案。也就是说,个人的精神权利当然值得法律保护,无形的精神损害亦需得到法律关注,但基于刑法谦抑精神的考虑,在无充分理由的情况下,该安宁利益即使可以成为一般法益,其不法内涵程度也远远未达到刑法法益的要求。综上所述,个体安全感也不应被视为法益。

斯故,虽然日本刑法学者伊东研祐认为,在现代社会日益复杂化的背景下,社会成员的精神(心理)负荷在不断提高,作为对“在所谓象征性事中谋求心理上的或精神上的安全感的立法压力”的回应,有必要以保护安全感和制度信赖感的方式来防止犯罪行为对心理的或精神上的平和或安定实施侵害的危险。^⑪不过,其在最后的分析中也坦诚道:“关于担保一般的安全感或信赖感,设立容许标准则是困难的。一般的安全感或信赖感只是规范正当状态的心理反映,因此将其作为法益是存在问题的。”^⑫

六、结语:警惕法益过度精神化

基于前文分析可知,无论是对安全感法益化的整体性批判,还是对社会恐慌类犯罪的具体解读,抑或是对恐吓犯罪的个罪分析,“安全感”均不能代替“安全”,在一字之差中摇身一变成为一种法益。即便是在社会恐慌类犯罪之中,社会恐慌也只是犯罪行为的反射效果,社会秩序才是该类犯罪的真正法益。而恐吓犯罪中的法益也应是个体生活之平稳状态而非个人安全感。

正如日本刑法学者松原芳博所言:“在国民的不安反映了客观事实的场合,就应该认为,作为不

^⑧ 范氏认为,安宁利益是人们实现其生活目标不可或缺的物质条件。其就包括身心健康、情绪的稳定等。参见 Joel Feinberg, *Offense to Others: Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1985 37. 转引自杨春然:《冒犯型犯罪的根据:伤害原则对法益保护原则的一次超越——兼论犯罪的本质》,《中国刑事法杂志》2010年第2期。

^⑨ 同上注,杨春然文。

^⑩ 张明楷:《网络言论自由与刑事犯罪》,引自“2014 互联网刑事法制高峰论坛(北京)”主题发言材料。

^⑪ 同前注^⑩,伊东研祐文,第182-184页。

^⑫ 同上注,伊东研祐文,第190-191页。

安的对象的生命、身体、财产等具体利益本身才是保护法益。如果这些利益得到了保护,其结果就是,会给国民带来安心感。”^⑧然而,当下学界却不乏将二者相混淆的错误观点。如认为:“法益概念中既包含了物质性的保护对象,也包含了精神化的保护对象(例如个人的名誉、自由、恐惧感等),这些保护对象都具有某种意义上的具体性,因此,法益概念完全可以将公共信用、货币的真实性、环境、安全等集体法益(例如信赖、健康、安全等精神化的保护对象)包括进来。”^⑨很明显,在精神化法益问题上,论者由最初的“恐惧感”到最后又不自觉地滑向了“安全”,其前后逻辑不一致,且最终偏向了“安全”这一集体法益。

风险社会之下,社会大众对于犯罪的恐惧总是远远超过实际被害之可能。正是以“犯罪恐惧感”为代表的社会大众的不安全感,催生出所谓的“风险厌恶”(risk aversive)社会。即在风险日增的情况之下,“纵使许多人可认知风险的存在,但仍无法接受风险结果的发生,促使逐渐倾向对加害者采取严厉措施藉以回避风险”。^⑩所以,一旦恐惧像野火一样被点燃,作为风险控制利器的刑法便理所当然地呼之欲出并被寄予厚望。“然而,这样的刑法系统与刑事司法系统,除了可能在不知不觉中禁锢了人们内心深处的自由外,其实更是一种全社会中的刑法暴力。”^⑪

因此,对于风险社会的现代刑法而言,一方面,我们应当与时俱进,肯定法益精神化的大势所趋,另一方面,我们也应当保持理性,警惕法益过度精神化的危害,特别是需要警惕以追求“安全感”为唯一价值导向的非理性刑法应对,更不能在过于模糊的“安全感”下误入偏离法治轨道的歧途。只有立足于法治国的基本立场,才能防止惯用刑法的立法者将消除现代风险的其他控制手段弃之不用,而将维系社会安全感问题的社会解决对策完全强加给刑法。

任何心理上的安全感往往只是一种相对性的情绪程度,亦即这种感觉有可能只是诉诸于道德要求,或者只是诉诸于部分人的个案经验而已。社会安全感也是如此,很难说单纯依靠刑法就可以消除公众对现代风险的恐惧。不能跟着“感觉”走,这才是现代刑法应有的态度。即便是在风险预防的思想指导下,现代刑法在应对风险社会之时,“法益”的城门也不应被“安全感”轻易地洞开,人权保障的堡垒更不应在法益过度精神化的猛烈攻势之下被轻言舍弃。对此,日本宪法学者大沢秀介的告诫或许值得我们认真思量与反复揣摩:“为了取得微不足道的安心和安全利益,没有合理的依据而过度强调危险的恐惧和不安,莽撞地构建安全、安心体系,可能会导致牺牲迄今为止所取得人权保障的成果。”^⑫

(责任编辑:杜小丽)

^⑧ 同前注^④,松原芳博文,第65页。

^⑨ 王若茜:《论现代刑法扩张的新手段——法益保护的提前化和刑事处罚的前置化》,《法学杂志》2013年第6期。

^⑩ 同前注^⑤,守山正、安部哲夫书,第48页。

^⑪ 参见李承兴:《风险管理作为刑法系统核心?——对台湾近来犯罪控制与刑事政策的若干反思》,中正大学2012年硕士学位论文。

^⑫ [日]石塚迅:《安全、安心与人权:日本的情况》,额尔敦毕力格译,载周永坤主编:《东吴法学》(总第26卷),中国法制出版社2013年版,第52页。